



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01167-01**

**Actor: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

**Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia**

### OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, en contra de la sentencia de primera instancia del 19 de abril de 2018 proferida por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, mediante la cual se declaró la improcedencia del amparo solicitado.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Solicitud de amparo

Con escrito radicado el 8 de mayo del 2017<sup>1</sup>, en la Secretaría General del Consejo de Estado, el Fondo de Previsión Social del Congreso, actuando a través del Director General y Representante Legal, presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.

Consideró vulnerados estos al proferirse al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 25000-23-25-000-2005-07611-02, la sentencia del 4 de agosto de 2016, que revocó el fallo del

---

<sup>1</sup> Folio 1.



Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

A título de amparo constitucional, el actor solicitó que se dejara sin efecto la sentencia censurada y, en consecuencia, se ordene a la autoridad judicial accionada dictar un fallo de remplazo fijando que la mesada pensional del señor José Jin Ortiz Hernández se encuentra sujeta al tope pensional de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **2. Hechos probados y/o admitidos**

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

**2.1.** Fonprecon ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declarara la nulidad de la Resolución No 000103 del 24 de febrero de 2000, mediante la cual se revocó la Resolución No. 0877 del 24 de agosto de 1999 y se reliquidó la pensión de jubilación del señor José Jin Ortiz Hernández, de conformidad con el régimen especial del Decreto 1076 de 1992.

Como pretensiones, y a título de restablecimiento del derecho, se solicitó que se declarara que la pensión reconocida al señor José Jín Ortiz está sujeta al tope pensional establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior por cuanto con la expedición de la Resolución acusada Fonprecon incurrió en violación de normas legales, por la indebida aplicación del Decreto 1076 de 1922 al considerar que la pensión del demandado no estaba sometida a límites, cuando en realidad si lo estaba, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 314 de 1994.

**2.2.** El proceso le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, autoridad judicial que en sentencia del 30 de julio de 2009 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**2.3.** Inconforme con la decisión el señor Ortiz Hernández la apeló al considerar que lo pretendido por el actor ordinario es la aplicación retroactiva de la ley y el desconocimiento de derechos adquiridos.



**2.4.** La apelación fue resuelta por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, autoridad judicial que en sentencia del 4 de agosto de 2016 revocó la decisión recurrida y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda.

Como sustento de su decisión argumentó que las normas que gobiernan el reconocimiento de las pensiones son las que se encuentran vigentes al momento de la adquisición del status pensional, pues son aquellas las que rigen al momento de la consolidación del derecho.

Para el caso en concreto, encontró que la pensión del demandado fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, por lo que no está sometida al tope pensional del artículo 2º de la Ley 71 de 1988, en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone que *“Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2º de la Ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el artículo 279 de esta ley.”*

Sin embargo, puso de presente que no era posible establecer el momento en el cual el señor Ortiz Hernández adquirió el estatus pensional, lo que imposibilitaba establecer cuál es el tope pensional al que está sometida su pensión. Por lo anterior, se ordenó la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría. Igualmente, se le ordenó a Fonprecon iniciar las gestiones necesarias para formular demanda encaminada a establecer la legalidad de la Resolución 1555 del 29 de diciembre de 1992 y demás actos que la modifican y solicitar la adopción de medidas cautelares.

**2.5.** El demandante del proceso ordinario solicitó la aclaración o corrección de la sentencia del 4 de agosto de 2016 en cuanto ordenó la compulsión de copias, petición que fue resuelta en proveído del 9 de febrero de 2017 por la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado, en el sentido de negarla.

**2.6.** Como consecuencia de la orden impartida en la sentencia del 4 de agosto de 2016 Fonprecon inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se tramita bajo el radicado 25000-23-42-000-2016-04724-00 el cual le correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “F”,



autoridad judicial que en providencia del 21 de abril de 2017 decretó la medida cautelar solicitada y por tanto, suspendió provisionalmente las Resoluciones Nos. 824 del 26 de agosto de 1994, 0877 del 24 de agosto de 1999 y 0103 del 24 de febrero de 2000.

### **3. Sustento de la vulneración**

Fonprecon sostiene que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” incurrió en desconocimiento del precedente al proferir la sentencia del 4 de agosto de 2016, toda vez que se apartó de su propio criterio<sup>2</sup> en materia de topes pensionales, sin fundamentar las razones por las cuales debía separarse del mismo.

En ese sentido, indicó que la pensión del señor Ortiz Hernández debió estar sujeta a los topes pensionales establecidos en el artículo 2º de la Ley 71 de 1988 o del artículo 2 del Decreto 314 de 1994.

### **4. Actuaciones procesales relevantes**

#### **4.1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 10 de mayo del 2017<sup>3</sup>, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y dispuso su notificación a los magistrados de la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado como parte demandada y al señor José Jin Ortiz Hernández como tercero interesado en el proceso.

De otro lado, dispuso que se publicara en la página web del Consejo de Estado el auto admisorio de la presente tutela.

En auto del 7 de marzo de 2018<sup>4</sup> la Sección Cuarta del Consejo de Estado vinculó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A” en calidad de tercero con interés, al ser la autoridad judicial que conoció en primera instancia el proceso ordinario que dio origen a la solicitud de amparo.

---

<sup>2</sup> Al respecto citó las sentencias del 11 de agosto de 2016 radicado 2005-07847, 12 de marzo de 1998 radicado 8069, 6 de octubre de 2001, radicado 2005-07846-01 y 13 de septiembre de 2012 radicado 2005-07696-02.

<sup>3</sup> Folio 13.

<sup>4</sup> Folio 188. En auto del 2 de febrero de 2018 el despacho sustanciador declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, por la falta de vinculación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, dejando a salvo las pruebas e intervenciones.



Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 14 a 21 y 38 a 46, se presentaron las siguientes intervenciones.

#### **4.2. Intervención de la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado**

El Consejero de la referida Subsección explicó que al resolver la apelación presentada tuvo en cuenta que la Ley 71 de 1988 sólo tuvo aplicación hasta la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, por virtud del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, la cual estableció que las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 no estarían sujetas al límite establecido en aquella.

Por lo anterior indicó que, al encontrar que la pensión del demandado fue reconocida con posterioridad a la vigencia de la citada Ley 4 de 1992, la Sala concluyó que no estaba sometida al tope pensional establecido en el artículo 2º de la Ley 71 de 1998.

#### **4.3. Tercero con interés**

Mediante escrito radicado el 19 de julio de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación el señor José Jin Ortiz Hernández solicitó se negaran las pretensiones de la tutela, al considerar que la autoridad judicial no vulneró los derechos fundamentales de Fonprecon.

Puso de presente que adquirió la pensión de jubilación por virtud del Decreto 1076 de 1992 y que los requisitos exigidos están plenamente acreditados en el expediente.

Mediante escrito del 11 de agosto de 2017 el tercero con interés manifestó que Fonprecon omitió la presentación de pruebas sustanciales para el esclarecimiento de los hechos y en consecuencia, *“la sentencia objeto de la presente acción adolece de serias deficiencias fácticas y jurídicas, en lo que tiene que ver con órdenes impartidas, a efectos de iniciar otro proceso (...)”*<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Folio 213.



## 5. Fallo impugnado<sup>6</sup>

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 19 de abril de 2018, mediante la cual declaró la improcedencia del amparo solicitado. Lo anterior por las razones que a continuación se sintetizan:

En primer lugar, el juez constitucional de primera instancia manifestó que, la entidad actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, pues la Ley 797 de 2003 establece la posibilidad de revisar las pensiones cuando estas superan lo establecido por la ley.

Puso de presente que si bien la Corte Constitucional en la sentencia C-835 de 2003, declaró inexecutable el término “en cualquier tiempo” del artículo 20 de la citada, el cual se refería a la oportunidad para interponer el recurso extraordinario de revisión, lo cierto es que el máximo tribunal constitucional indicó que mientras el legislador establecía un nuevo plazo para su procedencia, se entenderá como tal el que contempla actualmente para el mencionado recurso ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, según sea el órgano judicial competente en cada caso.

Al estudiar en caso en concreto, concluyó lo siguiente:

“Es decir, que el término para solicitar la revisión ante el Consejo de Estado, de acuerdo al artículo 251<sup>7</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), es de cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia. Término que no ha fenecido, pues la sentencia de 4 de agosto de 2016, quedó ejecutoriada el 23 de marzo de 2017<sup>8</sup>, toda vez que el apoderado de Fonprecon solicitó aclaración y corrección de la decisión, la cual se resolvió en forma negativa en auto de 9 de febrero de 2017, decisión que se

<sup>6</sup> Folios 218-224.

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 251. TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO.** *El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.*

*En los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo precedente, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.*

*En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.*

*En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.*

<sup>8</sup> **Artículo 302. Ejecutoria.** *Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.*

**No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.**

**Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.**



notificó mediante estado de 16 de marzo del mismo año. Por consiguiente, el demandante cuenta hasta el 23 de marzo de 2022, para interponer el mencionado recurso.”<sup>9</sup>

## 5. Impugnación<sup>10</sup>

Con escrito radicado el 25 de abril de 2017, la parte demandante impugnó<sup>11</sup> la anterior decisión al considerar que no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

Lo anterior al considerar que el desconocimiento del precedente alegado en la tutela, por parte de la autoridad judicial accionada no es una causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión, sino que por el contrario, es una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial y, para el efecto citó la sentencia de la Corte Constitucional T-859 de 2012.

Por otra parte, manifestó que no es aplicable la sentencia de la Corte Constitucional SU-427 de 2016, por cuanto en aquella ocasión se analizó el caso de las pensiones adquiridas con abuso del derecho, circunstancia que no se presenta en el caso en concreto.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 19 de abril de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003<sup>12</sup> de la Sala Plena de esta Corporación.

### 2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con los argumentos de la impugnación, se revoca, modifica o confirma la decisión de primera instancia del 19 de abril de 2018, proferida por la

<sup>9</sup> Folio 223.

<sup>10</sup> La sentencia de primera instancia fue notificada por correo electrónico el 24 de abril de 2018.

<sup>11</sup> De manera oportuna, dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo.

<sup>12</sup> "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado".



Sección Cuarta de esta Corporación, para lo cual se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

**2.1.** Frente a la sentencia del 4 de agosto de 2016 del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, que la parte accionante controvierte en esta oportunidad, ¿se superan o no, los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra decisiones judiciales?

**2.2.** En caso afirmativo, ¿la providencia antes señalada vulneró los derechos fundamentales invocados?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** naturaleza subsidiaria de esta e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces; y, **(iii)** análisis del caso concreto.

### **3. Razones jurídicas de la decisión**

#### **3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,<sup>13</sup> *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.<sup>14</sup>

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

<sup>14</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>15</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia” (Negritas dentro del texto).





Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>16</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>17</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.

<sup>17</sup> Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar improcedente el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

### **3.2. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces**

En consideración a la subsidiariedad, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra este requisito como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia<sup>18</sup>.

Lo anterior tiene asidero en la propia Constitución de 1991, de donde se colige que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela, pues todos los mecanismos judiciales deben buscar la defensa de aquellos.

Vale decir que el respeto y la garantía de los derechos de las personas son de la esencia del Estado Social de Derecho, como bien lo

---

<sup>18</sup> En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”



establece el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución, de ahí que la garantía de los derechos fundamentales de las personas no solo corre a cargo del juez de tutela, sino que es vinculante para cualquier persona que esté investida de la autoridad del Estado y en cualquiera de los ámbitos funcionales del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-735 de 2013, la cual se trae a colación como criterio auxiliar de interpretación, manifestó que:

*“Esta exigencia constitucional responde al principio de subsidiariedad del amparo, que pretende asegurar que no sea considerado en sí mismo una instancia más en el trámite jurisdiccional, un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador y mucho menos, como se pretende en este caso, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios.”<sup>19</sup>*

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional manifestó que:

*“Además del cumplimiento del requisito de inmediatez, la Corte ha exigido como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, que el actor haya ejercido los recursos previstos en el respectivo proceso judicial, pues no se trata de sustituir a través de ella los mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo.*

*El ejercicio de los recursos previstos en el respectivo proceso judicial cumple varias finalidades: (i) prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta a la que adelanta el proceso ordinario; (ii) que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador; y (iii) que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial.*

*No obstante lo anterior, la Corte ha permitido la procedencia de la acción de tutela, cuando la persona se ha visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del*

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-735 del 17 de octubre de 2013. M.P. Alberto Rojas Rios



*proceso judicial, debido a circunstancias especiales que no le son imputables.*<sup>20</sup>

### 3.3. Análisis del caso en concreto

En cuanto a los requisitos adjetivos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, en el presente caso merece especial atención la subsidiariedad, en atención a que si bien es cierto, en anteriores oportunidades esta Sección consideró que la acción de tutela interpuesta por las entidades encargadas del reconocimiento y pago de pensiones, es procedente para controvertir decisiones judiciales que superan los topes pensionales establecidos para las pensiones<sup>21</sup>, también lo es que esta Sala de Decisión precisó su posición a través del fallo de tutela del 16 de marzo de 2017<sup>22</sup>, al considerar que algunas de las controversias generadas con ocasión a la no aplicación de los topes indemnizatorios, que presuntamente implicaron el reconocimiento de pensiones excediendo lo dispuesto en la ley, deben ventilarse mediante el recurso extraordinario de revisión, que constituye el mecanismo idóneo y eficaz para tal efecto, en atención a la causal prevista en literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003<sup>23</sup>, de conformidad con el literal 7º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone lo siguiente

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-107 del 20 de febrero de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>21</sup> Entre otros, pueden consultarse los siguientes fallos, en los que fue parte del Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional de Colombia: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de junio de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2015-03308-01, C.P. Rocio Araújo Oñate. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de junio de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2016-00043-01, C.P. Rocio Araújo Oñate.

<sup>22</sup> Rad. 11001-03-15-000-2016-02774-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E).

<sup>23</sup> “**ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA.** <Apartes tachados INEXEQUIBLES (sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional)> Las providencias judiciales que ~~en cualquier tiempo~~ hayan decretado o decretar reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse ~~en cualquier tiempo~~ por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.”



Para mayor ilustración, se traen a colación algunas de las consideraciones del fallo de tutela del 16 de marzo de 2017, respecto del cual debe precisarse, la parte accionante fue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es decir, una de las entidades expresamente legitimadas en la causa por activa para ejercer el recurso extraordinario de revisión por la causal antes señalada:

*“De conformidad con el marco jurídico<sup>24</sup> expuesto la Sala observa que en el sub examine se cumplen con los requisitos para que el recurso extraordinario de revisión sea un mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales que alega como desconocidos el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la tutela de la referencia.*

*Ello se debe a que una vez analizadas las particularidades del asunto, se tiene que la violación alegada frente a los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa en conexidad con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, es susceptible de ser conjurada de manera integral dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión, toda vez que en caso de prosperar el recurso se infirmaría la sentencia acusada y se restaurarían de forma suficiente y oportuna los mismos.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico (literal b del artículo 20 de la Ley 797 de 2003) está prevista la causal de revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública, en virtud de la cual, la suma que la entidad accionante asegura le fue reconocida de manera contraria a la ley a la señora María Rosalba Ospina Blandón por concepto de pensión de vejez, puede ser revisada a efectos de determinar si, en efecto, la cuantía reconocida por parte del juez excedió lo dispuesto por las leyes<sup>25</sup>.*

*Igualmente, se advierte que la parte actora se encuentra dentro del término de los 5 años para ejercer el recurso extraordinario de revisión, pues la sentencia censurada es de 13 de junio de 2016.*

<sup>24</sup> Insiste la Sala en que este marco jurídico fue decantado, entre otras, las providencias de: (i) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-03284-00; (ii) 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00 y; (iii) 3 de noviembre de 2015, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 18. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01918-00.

<sup>25</sup> En relación con la procedencia de esta causal, en sentencia de 7 de abril de 2015 Sala Especial de Decisión No. 27. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00577-00, se indicó que “...a juicio de la Sala quien actúa en desconocimiento de la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica. El desconocimiento de la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto”.



*En tal medida, solo en caso de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público considere que con el fallo proferido por el juez administrativo en el marco del recurso extraordinario de revisión se mantiene o perpetúa la vulneración de sus derechos fundamentales podrá acudir a la acción de tutela atacando los vicios que considere contienen las providencias de nulidad y restablecimiento del derecho y de la revisión. Lo contrario, es decir, permitir que vía acción de tutela y sin el previo agotamiento de los recursos extraordinarios el juez constitucional evalúe los argumentos de ilegalidad e inconstitucionalidad planteados por la parte actora implicaría despojar a la acción de tutela de su naturaleza subsidiaria e invadir de lleno la competencia del juez ordinario en la materia.*

*Así las cosas, la Sala concluye que la solicitud de tutela es improcedente teniendo en cuenta que la misma no superó el requisito de subsidiariedad”.*

Frente al fallo en comento se subrayó, que el recurso extraordinario de revisión por las causales previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, de conformidad con el tenor literal del mismo, debe ser ejercido por el Gobierno Nacional, el Contralor General de la República o el Procurador General de la Nación.

Sin embargo, sobre el particular también debe tenerse en cuenta la sentencia SU-427 de 2016 de la Corte Constitucional<sup>26</sup>, en la que se precisó a propósito del reconocimiento judicial de mesadas pensionales que exceden lo debido de acuerdo a la ley, que además de las autoridades señaladas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, pueden interponer el recurso de revisión “*las administradoras de pensiones encargadas del pago de las prestaciones periódicas reconocidas de manera irregular*”, razón por la cual, por **regla general**, la acción de tutela cuando es ejercida por aquellas con tal fin es improcedente, **salvo** que se evidencie de **manera palmaria** que a través de las providencias judiciales atacadas se incurrió en un abuso del derecho en el reconocimiento y/o liquidación de dichas prestaciones.

Sobre el particular, se transcriben las razones pertinentes del referido fallo de unificación:

*“(…) Al efecto, en primer lugar, esta Corporación deberá establecer si la acción de tutela es procedente para revisar las prestaciones reconocidas con abuso del derecho, frente a lo cual este Tribunal*

<sup>26</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



advierte que, en principio, el recurso de amparo no sería viable puesto que el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó un inciso al artículo 48 superior, en el cual se indica que “la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”, por lo que en atención al principio de subsidiariedad debería acudirse a dicho instrumento especializado para examinar las prestaciones periódicas sobre las cuales se cierna duda en torno a su legalidad.

7.16. Sin embargo, la Corte evidencia que no se ha expedido una ley que desarrolle dicho mandato, por lo que se ha acudido al instrumento contemplado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 como vía para la revisión de las pensiones reconocidas mediante providencias judiciales en las hipótesis de abuso del derecho, tal y como se dispuso en la Sentencia C-258 de 2013<sup>27</sup>. En ese orden de ideas, la Sala estima pertinente realizar las siguientes precisiones en torno a la posible aplicación de dicho mecanismo<sup>28</sup>:

7.17. En primer lugar, hay que destacar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003<sup>29</sup> consagró la competencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia para revisar, por petición del Gobierno, las providencias judiciales que “en cualquier tiempo” hayan decretado la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza al tesoro público o a fondos de naturaleza estatal. Dicho procedimiento procede cuando: (a) el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, o (b) la cuantía del derecho reconocido exceda lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.

(...)

7.23. Ahora, frente a la legitimación para interponer el recurso de revisión por la configuración de un abuso del derecho, comoquiera que la Constitución no reguló la titularidad para interponerlo, debe entenderse que recae, además de los sujetos establecidos en la Ley 797 de 2003, **en cabeza de las administradoras de pensiones encargadas del pago de las prestaciones periódicas reconocidas de manera irregular, pues son las primeras instituciones llamadas dentro del sistema pensional a velar por su buen funcionamiento financiero**<sup>30</sup>.

7.24. Por lo anterior, la Corte considera que la UGPP está legitimada para acudir ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado, según corresponda, e interponer el recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, con el propósito de cuestionar las decisiones

<sup>27</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En dicha providencia se señaló que (...)

<sup>28</sup> En esa línea, puede consultarse el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la Sentencia T-060 de 2016 (M.P. Alejandro Lineras Cantillo).

<sup>29</sup> “Artículo 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública. Las providencias judiciales que (...)

<sup>30</sup> Cfr. Sentencias T-363 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-300 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).



*judiciales en las cuales se haya incurrido en un abuso del derecho, en el entendido de que el término de caducidad de cinco años de dicho mecanismo no podrá contabilizarse desde antes del 12 de junio de 2013, fecha en la cual dicha entidad asumió la defensa judicial de los asuntos que tenía a cargo Cajanal.*

7.25. Así las cosas, ante la existencia (sic) otro mecanismo judicial como lo es el recurso de revisión consagrado en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP para cuestionar decisiones judiciales en las que presuntamente se haya incurrido en un abuso del derecho son improcedentes al tenor del artículo 86 de la Constitución.

7.26. No obstante lo anterior, este Tribunal avizora que la afectación del erario público con ocasión de una prestación **evidentemente reconocida con abuso del derecho tiene la vocación de generar un perjuicio irremediable a las finanzas del Estado, las cuales se utilizan para garantizar, entre otros, el derecho a la seguridad social de los colombianos, por lo que en casos de graves cuestionamientos jurídicos frente a un fallo judicial que impone el pago de prestaciones periódicas a la UGPP, el amparo será viable con el fin de verificar la configuración de la irregularidad advertida y adoptar las medidas respectivas.**

7.27. Con todo, esta Corporación estima que en atención a los principios superiores de seguridad jurídica y confianza legítima, el juez constitucional cuando analice de fondo la posible configuración de un abuso del derecho deberá tomar las medidas necesarias para no afectar de manera grave los derechos fundamentales de los implicados en la causa, por lo que en caso de verificarse la existencia de dicha irregularidad, deberá disponer que el reajuste de la prestación conforme al ordenamiento jurídico constitucional no tenga efectos de manera inmediata, sino que se deberá concederse un periodo de gracia, que la Sala fija como prudencial en seis meses contados a partir de la fecha de la notificación de la resolución que consagra el reajuste efectuado al perjudicado con ocasión de la decisión judicial de amparo. Por otra parte, el funcionario jurisdiccional también deberá disponer que no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero ya canceladas, comoquiera que las mismas se presumen percibidas de buena fe.

7.28. La aplicación de las reglas establecidas por la Corte en esta providencia tiene las siguientes ventajas sobre las tesis que previamente se habían adoptado por las diversas salas de revisión:

(i) No anula el principio de seguridad jurídica, pues si bien permiten que se controvierta una sentencia ejecutoriada lo hacen, **por regla general, a través de un mecanismo especializado**, cuya naturaleza precisamente es servir de instrumento procesal para remediar





*decisiones injustas y, de manera excepcional, mediante la acción de tutela en casos de palmarios abuso del derecho.*

*(ii) No desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que le permite a la UGPP acudir hasta el 11 de junio de 2018 ante la Corte Suprema o el Consejo de Estado para controvertir las decisiones judiciales que considere lesivas para el tesoro público y frente a las cuales no precedía recurso alguno.*

*(iii) Permite atender al principio general del derecho según el cual de la ilegalidad no se generan derechos y permite la aplicación del mecanismo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual autoriza afectar la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas para impedir que se mantengan situaciones irregulares en desmedro del erario público, así como responde a la situación especial de ineficiencia e inoperancia administrativa que enfrentó Cajanal.*

*(iv) Establece un período de gracia a la persona beneficiaria de una prestación con abuso del derecho para que no vea afectados abruptamente sus derechos con ocasión del reajuste de la pensión como consecuencia de la intervención excepcional del juez constitucional.*

7.29. Ahora bien, descendiendo al asunto en estudio, la Corte evidencia que a pesar de que la UGPP podría acudir al recurso de revisión previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en el presente caso se evidencia palmariamente la ocurrencia de un abuso del derecho que permite la irrupción del recurso de amparo como mecanismo preferente.

7.30. En efecto, esta Corporación encuentra que las autoridades judiciales demandadas elevaron el monto de la pensión reconocida a María Margarita Aguilar Álzate de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte. con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la mencionada ciudadana como fiscal delegada ante un tribunal superior de distrito judicial por 1 mes y 6 días, período en el cual se incrementó considerablemente su asignación salarial y recibió una bonificación por gestión judicial, que a la postre también fue tenida cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional. En consecuencia, este Tribunal proseguirá con el análisis de los demás requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”. (Destacado fuera de texto).

En suma, de acuerdo al criterio desarrollado por esta Sección en la sentencia de tutela del 16 de marzo de 2016<sup>31</sup> (en la que se realizaron

<sup>31</sup> Rad. 11001-03-15-000-2016-02774-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E).



algunas precisiones sobre la procedibilidad de la acción de tutela en casos similares al de autos) y a lo dispuesto por la Corte Constitucional en fallo SU-427 de 2016, se estima que el Fonprecon cuenta con el recurso extraordinario de revisión para controvertir la sentencia 4 de agosto de 2016 del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”.

Añádase a lo expuesto (sin perjuicio de lo que estime el juez natural del asunto), que no se advierte de manera palmaria que el señor José Jin Ortiz Hernández en virtud de la sentencia acusada haya incrementado el monto de su mesada con abuso del derecho, como ocurrió en el caso que fue objeto de análisis en la sentencia SU-427 de 2016, en el que la servidora pública durante los últimos años de servicio incrementó de manera ostensible sus salarios y prestaciones sociales mediante una vinculación precaria en encargo, con el fin de recibir una mesada pensional que no era proporcional respecto de los aportes a seguridad social que realizó durante la última etapa de su vida laboral.

Lo anterior por cuanto, en el caso de autos tampoco se advierte la situación palmaria a que hizo alusión la Corte Constitucional en el referido fallo de unificación (o una similar), como excepción al requisito de subsidiariedad, en los casos en que las entidades administradoras de pensiones cuentan con el recurso extraordinario de revisión para controvertir las sentencias que reconocieron mesadas pensionales en cuantías que exceden lo debido de acuerdo a la ley.

Por otra parte, la Sala advierte que, de conformidad con lo ordenado en la sentencia del 4 de agosto de 2016 por parte de la autoridad judicial accionada, Fonprecon interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho –lesividad– contra el señor José Jin Ortiz Hernández a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 1555 del 29 de diciembre de 1992, 824 del 26 de agosto de 1994, 0877 del 24 de agosto de 1999 y 0103 del 24 de febrero de 2000 mediante las cuales se reconoce y se reliquida una pensión vitalicia de jubilación, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad excluir de la nómina de pensionados al demandado y se condene al señor José Jin Ortiz a reintegrar las sumas de dinero percibidas por concepto de la pensión de jubilación.



El proceso le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “F”, autoridad judicial que en providencia del 21 de abril de 2017 decretó la medida cautelar solicitada y por tanto, suspendió provisionalmente las Resoluciones Nos. 824 del 26 de agosto de 1994, 0877 del 24 de agosto de 1999 y 0103 del 24 de febrero de 2000.

En ese sentido, la Sala advierte que se encuentra en curso un proceso ordinario en el que se resolverá sobre la presunta irregularidad de la pensión reconocida al señor José Jin Ortiz, sin que lo anterior sea objeto de pronunciamiento en este proceso.

Por las razones expuestas se confirmará el fallo impugnado que declaró la improcedencia de la acción de tutela, por la existencia de otro medio de defensa.

En consecuencia, no hay lugar abordar el segundo problema jurídico planteado, como quiera que el mismo debe ser objeto de análisis por parte del juez natural del asunto.

### III. DECISIÓN

### III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

### FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 19 de abril de 2018 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia del el amparo solicitado, por la existencia de otro medio de defensa, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

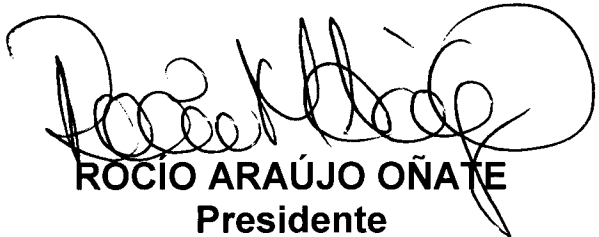
**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente N° 25000-23-25-000-2005-07611-02, remitido al presente trámite en calidad de préstamo.



**CUARTO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**




**RÓCIO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero



**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

